
PREMESSA

Trib. Milano, 18 ottobre 2017, è omologabile un piano contemplante il pagamento, nella misura del 10% dei crediti chirografari ed integralmente, ma secondo la rateizzazione originaria, di un mutuo ipotecario? Gli è infatti che un pagamento sì integrale ma secondo la scadenza iniziale produrrà il risultato, com'è facile intuire, di un adempimento dilazionato nel tempo per un periodo ampiamente superiore a quello previsto dall'art. 8, c. 4, l. 3/2012, norma questa contemplante, in alternativa al pagamento immediato, una moratoria fino ad "un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca".

Prese le mosse dalla circostanza che la l. 3/2012 non contempla una norma corrispondente all'art. 55, c. 2, l. fall., sicché i debiti pecuniari del sovraindebitato non sono da considerare come *scaduti* alla data di presentazione del piano, la Corte meneghina ne fa apertamente una questione di carenza di un credito da riguardarsi come *in sofferenza*: donde un'omologa che viene disposta in quanto, se l'obbligazione *ex mutuo* non è scaduta ed anzi il consumatore ha sempre provveduto ad onorarla regolarmente, non c'è motivo perché il mutuante possa accampare una lesione del suo interesse ad un tempestivo ed integrale pagamento. Diversamente, come la Corte fa notare, si verrebbe ad avere un «effetto modificativo degli obblighi liberamente assunti dalle parti in assenza di una diversa loro manifestazione di volontà o di una esplicita disposizione di legge in tal senso».

L'originalità della decisione sta, com'è facile intuire, nell'aver suggerito un'interpretazione dell'art. 8, c. 4, l. 3/2012 che lo reputa utilmente invocabile quando, complice l'inadempimento seriale del consumatore, il credito restitutorio già risulti posto a sofferenza in conseguenza di una domandata e/o ottenuta risoluzione del mutuo: mentre, come si palesava nella fattispecie decisa, non ci sarebbe invece una qualche ragione di

opporlo quando il consumatore, lungi dall'essere moroso, continui a pagare le rate secondo le scadenze originarie. C'è poi, nella specie, da considerare che il piano proposto non risultava *meno conveniente* di un'alternativa liquidatoria posto che un'eventuale vendita dell'immobile ipotecato neanche avrebbe consentito di soddisfare integralmente il creditore privilegiato. Ne viene così fuori un piano la cui omologa prelude ad un'esdebitazione assai corposa per i creditori chirografari, se è vero che la loro soddisfazione è confinata entro un 10% ottenuto mediante una somma conferita da un terzo.

Ora, ogni fattispecie, è vero, ha una sua personale cifra che la timbra, spesso in maniera irripetibile. Non è però il caso di quella testé scrutinata la quale, anzi, preziosamente ci sembra anticipare quello che sarà uno dei *Leitmotiv* di queste pagine: coattività *v.* negozialità o, se lo si dovesse preferire, piano *v.* accordo, con una divaricazione delle due discipline che si nutre pure di un giudizio sulla «condotta anteatta» del consumatore¹. Stante il disposto dell'art. 12-*bis*, c. 4, non v'è dubbio infatti che un piano di ristrutturazione (artt. 67 ss. c.c.i.), che i creditori del consumatore subiscono, *ricollocchi* i loro rapporti obbligatori in un circuito che è ben diverso da quello correlato ad un concordato minore (artt. 74 ss. c.c.i.) ove il trattamento concorsuale dell'insolvenza civile è organizzato secondo una cifra che, legandosi ivi la ristrutturazione dei debiti ad una contrattazione, vede agire da protagonisti gli stessi creditori. È qui perciò che affiora, per riflesso, il senso profondo del sovraindebitamento consumeristico: dare per buono che ci sia una classe di creditori che risulta ammessa *non a decidere* ma solo *ad opporsi*, equivale invero a riconoscere che esiste, nel *côté* separato dell'insolvenza civile, un diritto concorsuale ove la legge ha ritenuto di dover *organizzare* la tutela del credito *ordinandola* non più intorno ad una decisione affidata al «filtro del credito» bensì e per contro iscrivendola nel sindacato valutativo di un giudice che *signoreggia* disponendo o rigettando l'omologa². In un ordinamento nel quale è la titolarità del credito che solitamente legittima a decidere, la *novitas* descritta esprime una curvatura della tutela tutt'altro che di complemento: se l'intera procedura del piano ha una natura *beneficiaria* nella quale non trova un posto l'approvazione

¹ Così DI MARZIO, *L'insolvenza civile nel diritto delle procedure concorsuali*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, a cura di D'Amico, Torino, 2018, 231.

² Così DI MARZIO, *L'insolvenza civile nel diritto delle procedure concorsuali*, cit., 226.

dei creditori, vuol dire che, quando si fa questione di un sovraindebitamento di consumo, ristrutturazione dei debiti e struttura della decisione *non coincidono*. Gli è, infatti, che una composizione *autoritativa e non negoziale* del debito orienta la tutela di *quel* credito lungo una direttrice che, ai fini dell'accesso al beneficio esdebitativo, vede trasformata in decisiva l'intermediazione giudiziale. È un angolo di osservazione del problema che continua a non essere troppo frequentato nonostante sia vero, lo aggiungiamo *d'emblée*, che la concorsualità del sovraindebitamento può rappresentarsi come «*la dernière grande innovation du droit de la consommation*»³.

³ Così PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Paris, 2008, 481.

CAPITOLO PRIMO

L'IMPOTENZA FINANZIARIA TRA ESDEBITAZIONE ED ESPROPRIAZIONE

SOMMARIO:

1. Inadempimento ed insolvenza del consumatore: alla ricerca degli effetti di “frattura” sul diritto comune. *Focus* (in pillole) sul “senso” di un piano, quale dispositivo semplificato ristrutturante il debito *volente creditore*, e sul concetto, che gli fa da corona, di esdebitazione. – 2. Esdebitazione del consumatore e tutela costituzionale del credito: prolegomeni. – 2.1. ... nella cornice di un quadro civil-costituzionale frastagliato. – 3. Dall'inadempimento di necessità alla *liaison dangereuse* tra sovraindebitamento ed inesigibilità *ex fide bona*. – 4. Impotenza finanziaria esimente ed esdebitazione. – 5. *Segue*: ancora su sovraindebitamento ed inesigibilità solidaristica. – 6. Una modesta proposta: l'art. 120-*undecies*, c. 3, TUB quale norma generale ed il trascorrere da una meritevolezza del consumatore ad una responsabilità per concessione abusiva del credito. Il falso problema di un eccesso premiante. – 7. L'inesigibilità dell'art. 14-*terdecies*, cc. 1 e 4 e l'esdebitazione quale vicenda *ablativa* consustanziale ad *ogni* piano. – 8. *Esdebitazione ed espropriazione*: ancora un “non dare” *v.* un “togliere”? – 9. *Segue*: l'*esdebitazione totale* del debitore impossidente. Profili di incostituzionalità *sub* art. 42, c. 3 quale pietra di paragone? – 10. A mo' di postilla: *diritto di non pagare i debiti o limitazione legale della responsabilità*? Il francesismo di un'*autonomia* del debito dal suo titolo nel quadro di una socializzazione del diritto dei contratti.

1. *Inadempimento ed insolvenza del consumatore: alla ricerca degli effetti di “frattura” sul diritto comune. Focus (in pillole) sul “senso” di un piano, quale dispositivo semplificato ristrutturante il debito volente creditore, e sul concetto, che gli fa da corona, di esdebitazione*

È stato scritto, in un lucido affresco, che la disciplina sul sovraindebitamento (l. 3/2012), «fenomeno tipico [di una] *credit society*» ove il credito al consumatore funge da «leva insostituibile [per la] crescita delle

imprese» ed a cascata di un mercato eletto ad istituzione sociale generatrice «del benessere economico», *fisiologicamente* produce degli «effetti di *frattura* sul sistema del diritto privato patrimoniale»¹. In un'altra bella pagina, pressoché coeva, il quesito che vi si legge, il conio dell'art. 120-*quinquiesdecies* TUB ha importato l'introduzione di una «disciplina speciale dell'inadempimento per il consumatore»?², si muove da una precomprensione argomentativa che, se non gemella, è molto simile: stante la serialità che lo contraddistingue, quello del consumatore è geneticamente un *inadempimento diffuso* che non si può governare senza ingentilire la carica profilattica della pretesa creditoria. Tradotto, la rimodulazione degli artt. 1218 e 2740 c.c., archiviando così il mondo di C. cost. 94/1970 e 145/1982³, si impone come un valore di *efficienza* che vale a contrastare, tramutando l'inadempimento in *mite* e facendo nel contempo *specializzare* la responsabilità, un effetto, non meno seriale, «di esclusione dal mercato letale per lo sviluppo delle imprese di produzione e di distribuzione dei beni di consumo»⁴. È l'idea, riconoscibilissima ed ormai elevata a *τόπος*, di una tutela *modulare* dell'interesse creditorio che si dà perché un'ideologia *market oriented*, che fa di un «livello costante dei consumi» un principio di ordine pubblico economico⁵, non

¹ Così CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, 73 (c.vo aggiunto). Sulle strategie di governo del sovraindebitamento, un puntuale sguardo d'insieme, attento pure alla filosofia della *Behavioural Economics*, è in PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, 21 ss. e già in NIGRO, *L'insolvenza delle famiglie nel diritto italiano*, in *Dir. banc.*, 2008, 204 ss. Nella letteratura francese spunti di grande interesse si rinvengono in TH. REVET, *Loi n. 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, 992 ss.

² Cfr. GRISI, *Note in margine ad inadempimento e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 553.

³ V., rispettivamente, C. cost. 16 giugno 1970, n. 94, in *Foro it.*, 1970, I, c. 1857 ss. e C. cost. 27 luglio 1982, n. 145, Pres. Elia, Rel. Andrioli, *ibid.*, 1982, I, 3006 ss. Come nota PADOVINI, *Indebitamento e sovraindebitamento, in Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*. Atti del 9 convegno nazionale Sisdic, Napoli, 2015, 418 «gli istituti tradizionali del diritto civile non sono concepiti per fronteggiare fenomeni di diffuso squilibrio patrimoniale».

⁴ Cfr. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., 74.

⁵ Così CAMARDI, *op. loc. ult. cit.* e RORDORF, *La liquidazione nelle crisi da sovraindebitamento*, in *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, a cura di Parente-Ruggeri, Napoli, 2014, 156 e 160. Riassuntivamente BARENGHI, *Diritto dei consumi*, Milano, 2017, 475-477.

trova negli strumenti codicistici di un inadempimento sanzionatorio e di una responsabilità patrimoniale universale i rimedi *giusti* a far sì che un debitore “in difficoltà nei pagamenti” (art. 120-*quinquiesdecies*, c. 1) possa tornare, come si scrive, a «riposizionarsi rapid[amente] sul mercato»⁶. Dunque un debito che cambia pelle perché, archiviate le suggestioni scandinave di una *social force majeure*, è la contrazione dei consumi l'«effetto sistemico negativo» da contrastare⁷, con un paradigma codicistico che si adegua: un'eccezione dell'art. 2740, c. 2 che si fa *regola*, un inadempimento *debole* che ne soppianta uno in senso *uniformemente forte*, con un'azione esecutiva individuale progressivamente marginalizzata complice l'inefficienza dei molteplici costi transattivi ingenerati⁸. Il nuovo archetipo, si scrive, è una tutela del credito «elastica e sartoriale», vivida tanto in un art. 120-*quinquiesdecies*, c. 1 obbligante il creditore ad uniformarsi a procedure della Banca d'Italia internalizzanti la condizione di disagio del consumatore inadempiente quanto in una l. 3/2012 ove l'esdebitazione, *automatica* o *giudiziale* che sia⁹, si esibisce come un

⁶Cfr. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., 74.

⁷Cfr. CAMARDI, *op. ult. cit.*, 73.

⁸Un'appassionata denuncia del problema, notiamo, è già tutta in CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 677, *tranchant* nell'evidenziare la diseconomicità rampollante da una «moltiplicazione di processi esecutivi» e da un «sensibile inasprimento nel costo della esecuzione».

⁹Tecnicamente, come si sa, la l. 3/2012 riconnette l'esdebitazione *testualmente* alla procedura di liquidazione del patrimonio del debitore, con un debitore che viene liberato dai suoi debiti residui per effetto di un provvedimento del giudice (art. 14-*terdecies*). Se dovesse ritenersi, come taluno reputa e l'art. 282, c. 1 della Rordorf *espressamente* statuisce, che il beneficio *de quo* consista in una sopravvenuta inesigibilità dei crediti non integralmente soddisfatti, dovremmo (perciò) a cascata riconoscere che la novella ha codificato un caso di crediti che, sebbene non si estinguano, non danno *più azione esecutiva*. V., in dottrina, FORCELLINI, *Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 153, e GIAVARRINI, *La procedura di liquidazione del patrimonio nella legge n. 3/2012*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 743. Dopo di che, sempre stando alla trama della 3/2012, è vero che, nelle due fattispecie del piano e dell'accordo di composizione, la liberazione dai debiti *non dipende* da un provvedimento giudiziale *ma* dall'aver regolarmente ed interamente adempiuto a quanto promesso o convenuto. Il fatto è che, e di qui l'*essenziale* del testo, l'esdebitazione è comunque un *automatismo*, se l'accordo o il piano omologati ricevono regolare esecuzione. Nella Rordorf, si prenda nota, il canovaccio non è diverso: v., in rapida successione, artt. 76, c. 1, 77, c. 2, 282, c. 1, 286, c. 1, immutata restando evidentemente la ragione, se è vero che, quantunque la legge testualmente non la disponga, l'esdebitazione è il naturale *posterius* di *qualsiasi* piano, vincolante per i creditori dal momento dell'omologazione, che un debitore regolarmente ese-

essenziale, oscurante la lettera dell'art. 2740, c. 1, c.c., che introduce ad un'*espropriazione*, detto alla Carnelutti maniera, mimante quella del proprietario¹⁰. E non solo.

Tecnicamente, pure a livello di nomenclatura, compare un linguaggio del legislatore che ambisce, come si fa limpidamente notare, a *risemantizzare* il lessico codicistico¹¹: non più un debitore "tenuto al risarcimento del danno", perché responsabile fino alla sopravvenienza di un'impossibilità non imputabile (art. 1218 c.c.), bensì un inadempimento apprezzato in rapporto allo «stato di bisogno o di particolare debolezza del consumatore» (art. 120-*quinquiesdecies*, c. 1). Dunque, non un inadempimento *tout court* quanto e piuttosto uno *materializzato*¹², con uno stato di bisogno rilevante invece *in purezza*, sprovvisto com'è, detto alla Grisi maniera, di un genitivo che illustri selettivamente le cause o le «ragioni che sono alla base della difficoltà»¹³. Qui, per altro, concreta e non presunta com'è, va invece detto, in tante epifanie del *consumerism*. Nell'art. 6, c. 2, lett. a), l. 3/2012, ove il sovraindebitamento è stilizzato come una situazione di «*perdurante squilibrio* tra le obbligazioni assunte e il patri-

gua, il tutto dando naturalmente per pacifico che la percentuale dei pagamenti promessi *non copra* l'ammontare di ciascun debito. *Cave*: non è un problema che «mancherebbe, [altrimenti] l'interesse ... ad accedere alla procedura se il debitore prevedesse di pagare per intero i propri creditori» (così D'AMICO, *Esdebitazione e "concorso dei creditori" nella disciplina del "sovraindebitamento"*, in D'AMICO (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Torino, 2018, 10 (nt. 18)). Gli è che l'esdebitazione *postula* la soddisfazione parziale dei creditori concorsuali, col risultato che, se il soddisfacimento fosse *integrale*, non avremmo più, come recita l'art. 143, c. 1, l. fall., dei «debiti concorsuali non soddisfatti integralmente» che possano venire dichiarati o divenire "*inesigibili*". Lo dice bene, al riguardo, C. cost. 30 maggio 2008, n. 181: la sopravvenuta inesigibilità legale della parte di credito *rimasta insoluta* stilizza espressivamente «l'effetto *pregiudizievole* che, sotto l'aspetto sostanziale, [l'esdebitazione] ha sulla posizione soggettiva dei creditori concorsuali non integralmente soddisfatti» (§ 3.1 della motivazione, c.vo aggiunto).

¹⁰ È la celebre pagina, che questo scritto in più luoghi proverà a valorizzare, intitolata *Espropriazione del creditore*, cit., 676 e 683, ove è tematizzata l'idea che la «espropriazione del debitore e la espropriazione per pubblica utilità [abbiano], in fondo, la stessa radice». Nella letteratura specialistica una riscoperta del pensiero carneluttiano è vivida in FRASCAROLI SANTI, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza del mercato*, in *Dir. fall.*, 2008, 34 ss.

¹¹ V. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 57.

¹² Cioè, per dirlo alla DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedure*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 800, che, impinge sui bisogni di tutela.

¹³ Cfr. GRISI, *Note in margine ad inadempimento e responsabilità*, cit., 556.

monio prontamente liquidabile», il registro linguistico non è diverso, facendosi ivi strada un *favor debitoris* vestito con i panni di una rilevante *illiquidità sopravvenuta* che, se connessa a variabili macro-economiche od a esternalità patologiche, da *irrilevante* che sarebbe sul piano dell'obbligazione, in quanto non c'è qui nessuna prestazione tramutatasi in inseguibile *ex fide bona*, viene rimessa in circolo come fattispecie causativa di un' *esenzione da responsabilità*. Con il risultato, come vedremo, che, ad uscirne incrinata, è l'istantanea classica di un principio della responsabilità patrimoniale tradizionalmente rappresentato come una regola che trovava invece, nel campo delle obbligazioni pecuniarie, «il modo più pieno e più limpido» di estrinsecarsi¹⁴. Gli è infatti che l'abituale rappresentazione dei debiti pecuniari «nell'ottica dei mezzi di pagamento necessari al [loro] soddisfacimento» sublima la responsabilità patrimoniale se è vero che *ogni* patrimonio, in quanto insieme di quei mezzi di pagamento, diviene il «bacino da cui prelevarli, se necessario, *invito debitore*»¹⁵. Ebbene, tutto questo, forse ancora non ci si è riflettuto su abbastanza¹⁶, per effetto di una l. 3/2012 ove l'incapienza patrimoniale del debitore attiva un dispositivo di *cura* e non di *sanzione*, si sfrangia in quanto, già provando a metterne in fila, rigorosamente nell'ordine, gli attributi:

a) un piano di ristrutturazione dei debiti abilitato, nelle more della convocazione dei creditori, a sospendere *tutte* le azioni esecutive individuali capaci di comprometterne la *fattibilità* (artt. 12-*bis*, c. 2 e 12-*ter*, c. 1, l. 3/2012), intanto è uno strumento che, *congelando* l'esecuzione per espropriazione dei creditori con titolo anteriore ad esso, performativamente diremmo *neutralizza* quella «pulsione acquisitiva del credito»¹⁷,

¹⁴ Così ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1043 che si riallaccia all'autorità della pagina di NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, *Libro sesto. Della tutela dei diritti (art. 2740-2899)*, Bologna-Roma, 1945, *sub art.* 2740, 3.

¹⁵ Così MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015, 48.

¹⁶ È emblematico quanto non risulta, dal pur diligente dire, di LANDINI, *Esdebitazione*, in *Enc. dir.*, *Annali VII*, Milano, 2014, 429 ss. ove l'intera disamina è concentrata su di una *forgiveness of debts* che mai chiama in causa quella tutela costituzionale del credito che, nell'ottica di un'estensione delle garanzie contemplate dall'art. 42, c. 3, Cost., dovrebbe per contro indurre a riflettere tanto sull'esistenza di «motivi di interesse generale» quanto sul darsi di un indennizzo.

¹⁷ Cfr., brillantemente, NIVARRA *La tutela giurisdizionale dei diritti. Prolegomeni*, Torino, 2018, 90, che poi – 91 – rappresenta l'art. 2740 come un disposto trasformante il

codicisticamente istituzionalizzata viceversa dalla regola di responsabilità di cui all'art. 2740, c. 1, c.c. Quel che infatti qui si dà è, e propriamente, uno "stato di eccezione"¹⁸, anch'esso per inciso amministrato dalla legge in termini di una pura discrezionalità giudiziale¹⁹, che affranca il debitore dall'aggressione dei creditori. Tra l'altro, sul punto ci torneremo più avanti²⁰, l'effetto di protezione del patrimonio del debitore è da ritenere, se non si vuole cadere in un paradosso, che intercetti pure i poteri di autotutela ex art. 1186 c.c.²¹, con il risultato che, già *in limine*, si

patrimonio del debitore «in una estensione [di quello] del creditore». In giurisprudenza, quanto all'esclusione di un'operatività dell'art. 41, c. 2, TUB in quanto *privilegio processuale* del creditore fondiario che non può trovare applicazione in sede di sovraindebitamento, v. Trib. Modena, 1° giugno 2017 (che la qualifica come *norma di stretta interpretazione*, rinserrandola così nell'ambito della procedura fallimentare).

¹⁸ Così, in un modo efficacissimo, DI MARZIO, *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018, 185. Ma, verrebbe da domandarsi, *quid* in caso di un'eventuale aggiudicazione dell'immobile? È, oppure no (v. Trib. Potenza, 6 marzo 2017) revocabile in caso di apertura di una procedura di sovraindebitamento? Si pensi, come nella fattispecie decisa, all'omologa di un piano del consumatore in pendenza di una procedura esecutiva immobiliare il cui bene, nel corso della procedura, era stato aggiudicato, ma non ancora trasferito.

¹⁹ Che c'è da supporre abbia almeno come bussola la distinzione tra crediti garantiti e creditori chirografari, con i secondi ben più esposti al rischio di un'insolvenza del debitore. V. incidentalmente pure DI MARZIO, *Fallimento. Storia di un'idea*, cit., 185. Dopo di che, ma è una costante dell'argomento come vedremo, pure qui è d'uopo *distingue frequenter*: la l. 3/2012 regola infatti molto diversamente il concorso tra azioni esecutive e procedimenti di composizione del debito. Nell'ipotesi di un accordo, stante il disposto dell'art. 10, c. 2, lett. c), la sospensione invero è *automatica ed assoluta* giacché riguarda tutte le azioni pendenti mentre, rispetto al piano, per effetto dell'art. 12-*bis*, c. 2 scompaiono tanto l'*automatismo* (la sospensione dev'essere domandata dal debitore ed è rimessa al sindacato discrezionale del giudice) quanto la *generalità* (dovendosi specificatamente indicare i procedimenti in corso che sono da sospendere perché pregiudizievoli). Notiamo che neanche la riforma *in itinere* contempla l'estensione al consumatore di un meccanismo di blocco automatico delle esecuzioni: sicché, diremmo, rimane aperto il problema di un'*effettività* (non discriminatoria) della regola di responsabilità patrimoniale. Molto controversa è pure l'ammissione di una facoltà del debitore, *in ipotesi di un'esecuzione già pendente*, di domandare una sospensione al g.e. nelle more che il giudice competente per il sovraindebitamento si pronunci sull'ammissione della procedura. Allo stato prevale, sull'argomento che il g.e. difetti di un potere di sospensione atipica, l'interpretazione contraria. V. PISANI, *Dei rapporti tra sovraindebitamento ed esecuzione forzata giudiziale*, in *Casi e questioni di sovraindebitamento*, Rimini, 2017, 224.

²⁰ V. Capitolo II, § 1, testo e note.

²¹ Lo spunto è già nella pagina di MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 139.

intravede una gestione normativa del sovraindebitamento che è indipendente, in quanto irriducibile, dall'«insolvenza codicisticamente intesa»²², aliena da un siffatto ombrello protettivo. Dopo di che, siccome la *machinery* disegnata nell'art. 12-*bis*, c. 4, l. 3/2012 ha lo stigma della ristrutturazione *coattiva*, in quanto non è impiantata sul *potere di disporre* dei creditori, ecco che la sorte del credito tutelando diviene quella, nella pratica corrente,

b) di un piano ove la capienza attuale del patrimonio debitorio è, per es., messa a servizio del credito con un pagamento dilazionato di tutti i debiti nella misura del 25% ovvero di un 12% dei soli creditori privilegiati oppure ancora di un 57% ma con un riscadenzamento venticinquennale, al tasso agevolato dell'1,5% annuo, implicante nella sostanza una rideterminazione unilaterale delle condizioni del contratto di mutuo, in punto tanto di interesse che di durata²³. Già così ci si avvede perciò che, circoscrivendo il dispositivo di tutela coercitiva associato alla naturale estroflessione del diritto di credito, la l. 3/2012 in realtà *manipola* l'interesse alla prestazione (*Leistungsinteresse*) del creditore. È una *manipolazione*, per dirlo con Carnelutti, alimentata dalla constatazione che una *policy* votata ad applicare all'insolvente i rimedi «contro il semplice inadempimento», sarebbe controproducente perché quegli *stessi rimedi* «aggravano il male»²⁴. Si noti

c) che la ristrutturazione coattiva dei singoli rapporti obbligatori è *blindata* dalla legge: ai sensi dell'art. 13, c. 4, *tutti* i pagamenti e gli atti dispositivi effettuati “in violazione del piano” sono infatti “inefficaci” nei riguardi dei creditori assoggettati alla procedura, con il risultato perciò di un'*intangibilità* del piano a tenuta stagna, se è vero che, in luogo di una rinegoziazione *volontaria*, la sola *variatio* ammessa è quella resasi necessaria a seguito della sopravvenienza di un'illiquidità incolpevole del debitore (v. art. 13, c. 4-*ter*, contemplante una modifica anch'essa d'*imperio* visto che la si viene proceduralmente a ritualizzare, su iniziativa del debitore assistito dall'OCC, senza un qualche concorso dei creditori).

²² Così PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., 194.

²³ V. Trib. Livorno, 7 marzo 2018 e 20 aprile 2018, due casi (tra i tanti) nei quali, sussistendo le condizioni di legge, il Tribunale ha provveduto all'omologa del piano, mentre la terza fattispecie si legge in Trib. Torino, 11 aprile 2017.

²⁴ Così CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, cit., 677.

Dopo di che però siccome, se regolarmente eseguito, ogni piano del consumatore *libera* (art. 13), cioè diviene causa di una *denegatio actionis*, *l'id quod plerumque accidit* (in pratica e non solo in teoria) vede

d) un credito, la cui percentuale *insoddisfatta* e nel contempo però *neanche più dovuta*, ammonta, come in due degli esempi fatti, rispettivamente al 75 od all'88% del valore un tempo *esigibile*. Ciò che un piano dunque fa, proviamo a dirlo così, è obbligare i creditori a non pretendere nulla *al di là* della percentuale omologata²⁵. Tradotto ogni piano del consumatore in realtà *affievolisce e/o viola* il diritto del creditore, divenendo causa di una diminuzione del suo patrimonio, se il massimo di utilità conseguibile si sostanzia nel ripristino di una fattibilità della prestazione pari alla percentuale pagata (il 25 od il 12%), con una perdita secca *definitiva* visto che l'utilità sottratta non si ha da *restituire* neanche in caso di un debitore tornato *in bonis*. Se inteso ellitticamente, il parallelismo carneltiano di un'espropriazione del debitore quale complemento di un *inadempimento* e di un'espropriazione del creditore come il *pendant* di un'*insolvenza*, due espropriazioni da intendersi va detto come epifanie di un diverso «trattamento» riservato dalla legge a *due* fattispecie alquanto diverse, coglie ampiamente nel segno²⁶. L'esdebitazione questo infatti è, una forma di *sopravvenuta incoercibilità* ridislocante il debito in quanto trasforma il dovere di prestazione del debitore, al netto del reddito essenziale/sufficiente *ex art. 36, c. 1, Cost.*, in un beneficio di *parziale irresponsabilità*. Qui infatti non stiamo ragionando di un debitore e del suo (inviolabile) diritto a quel minimo vitale necessario a soddisfare i suoi bisogni primari, quanto e piuttosto di un debitore che, non avendo fatto un *abuso* della sua libertà, merita di venire “graziato” *seu* laicamente perdonato²⁷.

Chi scrive sa, lo notiamo subito, che potrebbe imbastirsi il discorso in una maniera più sofisticata dicendo, come capita di leggere²⁸, che i cre-

²⁵ V. Cass., 25 ottobre 1974, n. 3120, in *Foro it.*, 1975, I, 1, 1811.

²⁶ Notiamo, di passata, che la dottrina corrente è incline a pensare che rientri nella discrezionalità del giudice concedere termine per la conversione della domanda di liquidazione in una di piano del consumatore: v. P. FARINA, *Le procedure concorsuali di cui alla legge n. 3 del 2012 e la (limitata) compatibilità con la legge fallimentare. Le problematiche della domanda e dell'automatic stay*, in *Dir. fall.*, 2017, 67.

²⁷ L'assimilazione tra *peccato* e *debito*, come si sa, è in CARNELUTTI, *Interpretazione del Padre nostro. Il poema di Gesù*, rist. Venezia, 2001, 69.

²⁸ Segnatamente in DI RAIMO, *Debito, sovraindebitamento ed esdebitazione del consumatore: note minime sul nuovo diritto del capitalismo postmoderno*, in LLAMAS POMBO-

ditori non possono agire sul residuo *non* già perché ivi si abbia una limitazione legale della responsabilità patrimoniale del debitore, ma perché il loro credito è stato *estinto* (o è divenuto inesigibile) per effetto di un piano omologato ed eseguito, con il risultato di un caducarsi a motivo *di ciò* della loro possibilità di vantare pretese sul patrimonio del debitore. La limitazione, per chi voglia ragionare così, avrebbe perciò ad oggetto il *debito*, assoggettato ad una vicenda esdebitatoria per effetto di una *regola speciale* (l. 3/2012), senza intaccare l'ambito perimetrale di una *responsabilità patrimoniale* del debitore che, se la limitazione impatta direttamente sull'*obbligazione*²⁹, ne sortirebbe integra³⁰. Tradotto ogni piano del consumatore verrebbe ad officiare una limitazione *apparente* dell'art. 2740 c.c. in quanto, prima ancora, si tradurrebbe in una restrizione del *debito*, con una limitazione della responsabilità destinata semmai a riemergere in danno dei creditori con causa o titolo posteriore visto che, come recita l'art. 12-ter, c. 2, costoro non possono procedere esecutivamente “sui beni oggetto del piano”. Per una proficua intelligenza del discorso, ci permettiamo di notarlo, poco però cambia in realtà: limiti il debito o, come ci parrebbe più acconcio, la responsabilità³¹, è incontrovertibile che un piano omologato autoritativamente *pregiudica* i creditori, privilegiati e chirografari, che lo subiscono. In termini di garanzie costituzionali del diritto di credito (artt. 41 e 42 Cost.), già lo rilevava *incidenter tantum* quella 155/1994 nella quale la Consulta intuisce il problema ma nel contempo lo minimizza con eccesso di *nonchalance*³², l'az-

MEZZASOMA-RANA-F. RIZZO, *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, Napoli, 2018, 29 s. ed in MIGLIACCIO, *L'esdebitazione. Brevi spunti interpretativi e applicativi in attesa della c.d. “riforma Rordorf”*, in *Giustiziacivile.com*, 2017.

²⁹ In quanto c'è, dobbiamo però ammettere alla Roppo maniera, una l. 3/2012 che si troverebbe ad operare riducendo l'obbligazione rispetto al più elevato valore cui la stessa «si assesterebbe se si applicassero le regole di diritto comune relative alla [sua] fonte» (v. *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1053). Leggere la l. 3/2012 come una disciplina speciale svolgerebbe, notiamo, l'intuizione di GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, rist., Milano, 1968, 185, nt. 21 che vedeva in molte fattispecie di responsabilità limitata «semplicemente una conseguenza della limitazione del [debito]».

³⁰ V. LANDINI, *Esdebitazione*, cit., 436 e 445.

³¹ V., quale deroga dunque all'art. 2740 c.c., Cass., 18 novembre 2011, n. 24214, in *Giur. comm.*, 2012, II, 757.

³² Così ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 8. L'allusione è a C. cost. 21 aprile 1994, n. 155, ove si legge, ed il commento sagace di Roppo è più che mai espressivo, che «costituisce mera questione

zeramento di una parte del credito o il continuare a riguardarlo come *vivo* perché credito *insoddisfatto*, non è una questione *de minimis*. Il raffronto tra il testo previgente dell'art. 120, c. 2, l. fall., «i creditori *riacquistano* il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte *non soddisfatta* dei loro crediti», e la versione attuale di un art. 120, c. 3, ove l'esdebitazione di cui agli artt. 142 ss., quali norme in deroga³³, preclude il suddetto *riacquisto*, parla da sé. Chi discorre di un debitore sul quale penderebbe «una spada di Damocle», in quanto non è il piano omologato ad estinguere l'obbligazione visto che la scoperta di una frode in danno dei creditori porterà ad una revoca giudiziale in conseguenza della quale le obbligazioni torneranno a recuperare «integralmente la loro vincolatività»³⁴, dice il vero in effetti: epperò, viene fatto di replicare, l'ipotesi descritta è annoverabile nella *patologia* e non nella *fisiologia* di un piano che, se non gli si associa un effetto esdebitativo *di diritto*³⁵, difficilmente è destinato a diffondersi, azzoppando così già sul nascere «la logica macroeconomica del *fresh start*»³⁶.

Echi, quand'è così, di una disciplina, lo faceva già presagire Enzo Roppo sul finire del secolo scorso, che potrebbe riguardarsi «come sostanzialmente ablativa del credito»³⁷, donde l'immagine di una l. 3/2012 come uno *ius speciale* causativo di un'allocazione “politica”, in quanto forzata, di risorse condotta nella forma di una «espropriazione *ex lege*»?

Prima facie, intendiamoci, non c'è nulla di sorprendente in quanto è risaputo che «il diritto soggettivo non è che uno strumento, che la legge adopera fin che se ne può fidare»³⁸: e l'esdebitazione del piano ha la fi-

esegetica – rimessa all'interpretazione della giurisprudenza – quella della *sorte* della eventuale *parte non soddisfatta* dei crediti ammessi» (§ 5, *in fine*, c.vo aggiunto).

³³ V. FAUCEGLIA-ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, 289 s.

³⁴ Così MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015², 444.

³⁵ V., perspicuamente, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2017¹¹, 291.

³⁶ Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 444. Non dissimile DI MARZIO, *Fallimento. Storia di un'idea*, cit., 195. Torna utile pure ricordare la Relazione illustrativa al d.l. 179/12 (Atti del Senato n. 3533, 34), ov'è data per dirimente la circostanza che l'esclusione dei creditori dall'approvazione del piano sia dipesa principalmente dalla considerazione che mai vi sarebbe un «interesse economico dei creditori ad operare il salvataggio del soggetto di consumo».

³⁷ Cfr. ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, cit., 4.

³⁸ Cfr. CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, cit., 682.

sionomia della vicenda automatica e diretta, detto concisamente *di diritto*, per parare il rischio di un interesse egoistico dei creditori che, com'è intuitivo, il più delle volte non la concederebbero. Al riguardo, il disposto dell'art. 1984 c.c., nella versione accreditante la *deroga* di un patto contrario mimante un concordato remissorio perfezionatosi stragiudizialmente³⁹, è una norma *debole* ed *unilateralmente* orientata in quanto troppo *amica* dell'autonomia privata. Parimenti però andrebbe rimarcato che l'enfasi sul virtuoso *fresh start*, tanto ammaliante una dottrina contemporanea sensibile all'ispirazione carneluttiana di una liberazione proattiva ad un «risorgere alla vita economica»⁴⁰, meriterebbe di venire declinata depennandola di un qualche apriorismo ideologico di troppo, in quanto il suddetto “risorgere” nient'altro è, bisogna pur evidenziarlo, che uno dei lati della medaglia. Gli è infatti che al *premio* del debitore corrisponde la lesione di un creditore che *perde* il proprio diritto, dato che la strategia allocativa dell'insolvenza civile è condotta, e lo vedremo, *emancipando* un patrimonio del debito eccedente senza reintegrare il saldo passivo del patrimonio diminuito. Quale beneficio di irresponsabilità (o limitazione del debito), ogni esdebitazione (*cave!*) o è *definitiva* ed *integrale* o non è⁴¹: *ergo*, nei riguardi del debitore liberato, ogni reintegro dell'utilità perduta è precluso tanto in termini di novazione (art. 1230 c.c.) e di transazione che di un'eventuale rinuncia mentre la variabile di una compensazione del debito residuo con un eventuale controcredito è messa evidentemente tra parentesi dalla circostanza che, se il primo è dichiarato inesigibile (art. 14-*terdecies*, l. 3/2012 ed artt. 76, c. 1, 77, c. 2, 282, c. 1, 286, c. 1 della Rordorf), già a monte difetta il presupposto per l'applicazione dell'art. 1243 c.c.

³⁹O, al più, di una *datio in solutum*: v. IUDICA, *Cessione dei beni ai creditori*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 279 ss. e LANDINI, *Esdebitazione*, cit., 434.

⁴⁰V., sulle orme di CARNELUTTI (*Espropriazione del creditore*, cit., 681), GHIA, *L'esdebitazione: evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, in APICE (diretto da), *La procedura fallimentare*, Torino, 2010, 654 ss.; MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 781; PASQUARIELLO, *Le procedure di sovraindebitamento alla vigilia di una riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 736-738 e LANDINI, *Esdebitazione*, cit., 437 s.

⁴¹V., già con riguardo al concordato, SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996³, 393 (è indiscutibile «che il debitore sia liberato quando adempie gli obblighi del concordato») e BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, Milano, 2004, 250, («l'opinione che ravvisa un dovere morale e sociale di eseguire l'intera prestazione, in seguito all'omologazione del concordato, può comunque dirsi consolidata»).

2. *Esdebitazione del consumatore e tutela costituzionale del credito: prolegomeni*

Ebbene, riflettendoci su appena un po', chiunque può allora notare come un piano che a) *sospende*, donde una concorsualità che *abbatte* la concorrenza esecutiva tra i diversi creditori, b) *ristruttura*, c) *lo fa immodificabilmente* e d) *libera direttamente nonostante l'indisponibilità del creditore*, ridotto all'essenziale è un congegno mostrante le fattezze dello strumento ritualizzato dalla legge ad impedire che il diritto soggettivo del creditore sia *attuato*. Tradotto nel linguaggio dei rimedi diremmo allora che il piano del consumatore sovraindebitato, quale ricordiamolo procedura cui costui si accosta *volontariamente*, null'altro è che una tecnica di legge vistosamente deputata a limitare/comprimere, in deroga al disposto dell'art. 2910 c.c., la *tutela giurisdizionale* di un credito. Piaccia o no, se ai creditori «non spetta altro diritto fuor da quello di essere ascoltati dal giudice, prima [che costui] decida», il che corrisponde esattamente a quanto l'art. 12-*bis*, c. 4 adesso dispone, il piano del consumatore diventa *hic et nunc* il volano di un «volere altrui [che] s'impone»⁴². È un volere *attuoso* – vero – in quanto corazzato da un'omologa giudiziale: ma *questa* non scherma la circostanza che un *piano in percentuale* offre ai creditori, lo ripetiamo, *meno* di quanto costoro avrebbero diritto a percepire *legittimamente*⁴³; di talché si può dire che, soltanto per i debiti esclusi dagli effetti esdebitatori (art. 12-*ter*, c. 3), continua ad essere valida *in purezza* la regola della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. *Ergo*, ci sono ancora delle obbligazioni che, nonostante il mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore, fanno registrare, a motivo delle *cause* di ordine pubblico dalle quali sono rette, una “normale ininfluenza” delle condizioni economiche dell'obbligato rispetto «alla responsabilità per l'ineseguita prestazione»⁴⁴.

⁴² Cfr. CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, cit., 680 (e 682 per la citazione pressa).

⁴³ V., tra i primi a cogliere il punto, L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 191 e DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 277.

⁴⁴ Così, riprendendone il limpido dire, RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 174. Sono *queste* delle obbligazioni, diremmo, il cui adempimento non è rapportato all'attualità delle effettive, nel senso di concrete, capacità economiche del debitore. V. DI MARZIO, *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enc. dir.*, *Annali VI*, Milano, 2013, 808.

Ora, visto però che il credito è, a sua volta, pur sempre un *asset* del patrimonio, cioè un bene, a voler istituire, se non un'equazione, un «allineamento, in punto di tutela giurisdizionale»⁴⁵, tra la nozione di bene e quella di un diritto sui beni⁴⁶, viene facile avvedersi che, allo stato grezzo, il sovraindebitamento chiama pure in causa i rapporti tra proprietà e credito in punto di *an* e *quantum* di *sacrificio* ammissibili in vista di curare l'insolvenza. *Nulla quaestio* che il ragionare di una «intangibilità delle posizioni dei creditori» sia un fuor d'opera dottrinale, così già del resto C. cost. 155/1994 (§ 5), che l'odierna ideologia neolibera, come si è veduto, smaschera e normalizza a motivo di una *superiorità* funzionalizzata dell'interesse del consumatore *in default*: che ha da essere, nella prospettiva di un *favor debitoris* rivisitato in senso mercatistico, «sempre meno debitore per poter essere sempre più consumatore»⁴⁷. Ma, se ciò è vero, neanche si può pensare che il sacrificio *market oriented* del diritto soggettivo e/o di azione dei creditori possa avvenire bypassando quel principio di *ragionevolezza* che, già indagando il rapporto tra tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali, era stato riguardato dalla dottrina del secolo scorso come il parametro reggente il giudizio di bilanciamento tra gli interessi in conflitto⁴⁸, uno dei quali rivestito di quella superiorità adiacente se non ricalcante i «motivi di interesse generale» di cui all'art. 42, c. 3, Cost. Il che è poi quanto in queste pagine, immaginando un continuo tra *esdebitazione* ed *espropriazione*, si proverà ad abbozzare sul presupposto che le posizioni di un proprietario espropriato e di un creditore non più «padron[e] del [proprio] credito»⁴⁹, *ergo* si dà qui un creditore perdente l'utilità spettantegli, in realtà *si eguagliano*.

⁴⁵ Così NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Prolegomeni*, cit., 90, il cui periodo mostra delle significative assonanze con il Carnelutti che ragiona di un creditore privato del suo diritto «come ne è privato il proprietario in caso di espropriazione» (682).

⁴⁶ V., da subito, l'elegantissima disamina critica di GAMBARO, *Armonizzazione dei diritti di proprietà e linguaggi giuridici europei: tra assonanze e dissonanze*, in *Proprietà e diritto europeo*, a cura di D'Amico, Napoli, 2013, 212.

⁴⁷ Cfr. PELLECCIA, *Chi è il consumatore sovraindebitato? Aperture e chiusure giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1232. Il che già dovrebbe bastare per espungere dal discorso l'idea di un'esdebitazione come un attentato alla «sicurezza nelle relazioni sociali» (così SCARSELLI, *La procedura di esdebitazione*, in BERTACCHINI-GUALANDI-S. PACCHI-G. PACCHI-SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, 427).

⁴⁸ V. ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, cit., 9.

⁴⁹ Così CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, cit., 678.

Un'obbligazione *separata* dall'azione, come già notava Betti, «non è più obbligazione» visto che ogni obbligazione «non si esaurisce nel debito e nella aspettativa di prestazione ad esso correlativa», essendo pur sempre anche «responsabilità e garanzia»⁵⁰. È la responsabilità, come pure si è soliti dire, che ne timbra la giuridicità⁵¹. Ora, *ogni* piano, e qui sta il punto, *crea* una situazione giuridica nuova, designabile se si vuole con l'appellativo di *obbligazione*: ma questa, come aveva ben intuito Cass. 3120/1974 pronunziatasi in tema di concordato⁵², è un mero simulacro non risultando più regolata dalle norme relative alle obbligazioni in senso proprio (art. 1173 ss. c.c.). Orbene, se si prendesse più contezza del fatto che la Consulta ha ripetutamente sancito la copertura costituzionale (art. 24 Cost.) di un diritto del creditore ad agire *in executivis* (186/2013)⁵³, si percepirebbe agevolmente che, quando si diano dei *crediti non più riscuotibili*, il divario passante tra un esdebitare e la prassi (illegittima) *del* sostituire *per factum principis* ad un debitore *in bonis* un ente che tale non sia affatto (364/2007 e 277/2012)⁵⁴, ha dell'occasionale in quanto, nella misura in cui *comune* alle due fattispecie citate è il registrare la carenza per i creditori pregiudicati *di una qualche modalità sostitutiva di soddisfazione*, quel divario evidentemente si assottiglia fino a diventare pressoché nullo. Vero che il credito designa un valore che «che non si esprime nel dominio di una *res*»⁵⁵, se non fosse che è largamente sperimentata l'idea di un art. 42 Cost. propagante le sue garanzie, nella prospettiva di una «diluizione della proprietà»⁵⁶, a qualsiasi situazione soggettiva incorporante un valore di ricchezza⁵⁷: senza contare che è pacifico, come già si legge in C. cost. 364/2007, che, in base all'art. 1 del ... Protocollo addizionale n. 1 CEDU, divenuto per il tramite dell'art. 117 Cost. parametro del sindacato di legittimità costituzionale, sia considerato *bene patrimoniale* anche il guadagno oggetto di un credito esigibi-

⁵⁰ In *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, 19 ss.

⁵¹ V. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 48.

⁵² V. *supra*, nt. 24.

⁵³ V. C. cost. 3 luglio 2013, n. 186.

⁵⁴ V. C. cost. 24 ottobre 2007, n. 364 e C. cost. 12 dicembre 2012, n. 277.

⁵⁵ Cfr. ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, cit., 3.

⁵⁶ Così MENGONI, *Proprietà e libertà*, ora in *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di Castronovo-Albanese-Nicolussi, Milano, 2011, 80.

⁵⁷ V. già ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, cit., 3.

le»⁵⁸. Riguardati nella prospettiva di una *deroga* al diritto comune delle situazioni patrimoniali⁵⁹, *ius speciale* e *ius singulare*, stiamo dicendo⁶⁰, sono entità che si toccano non foss'altro perché, e qui torna preziosissima l'intuizione di Mengoni⁶¹, pure se volesse riconoscersi che i crediti, qualunque *beni* e per ciò stessi unità di composizione del patrimonio, *non* possono costituire oggetto di una proprietà classicamente intesa⁶², ebbene il problema del fondamento costituzionale di un'esdebitazione *coattiva* sarebbe comunque destinato a porsi, venendo di fatto a dislocarsi «in altri istituti normativi», qui notiamo ravvisabili segnatamente in quell'art. 41, c. 2, Cost. che ne farebbe così una questione non di “quanto di proprietà” bensì di “quanto di sacrificio” sia irrogabile al ceto creditorio per fini apertamente di utilità sociale. Gli è, infatti, che prediligere l'idea secondo cui «denotare un dato oggetto come bene non consente di *denotare* la relazione tra il soggetto e quel bene come un diritto di proprietà»⁶³, se da un lato coltiva un purismo concettuale dogmaticamente più prov-

⁵⁸V. C. cost. 24 ottobre 2007, n. 364, cit. § 4 (della motivazione), *in fine*. In dottrina, adesivamente, da ultimo CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, 135 ss. Come fa esemplarmente notare PADELLETTI, *La nozione di bene nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, l'art. 1 del protocollo aggiuntivo mai invece è stato maneggiato per «negare carattere patrimoniale a un diritto riconosciuto come tale da un ordinamento [nazionale], 4 (del manoscritto, letto in anteprima per la cortesia dell'Autrice).

⁵⁹Per il quale v., in special modo, P. PERLINGIERI-L. FERRONI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014⁷, 270.

⁶⁰Gli è infatti, come già notava *ante litteram* ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, cit., 8, che il perimetro di operatività delle garanzie costituzionali del diritto di credito «incorporate negli artt. 41 e/o 42 Cost., muterebbe profondamente» a seconda che «il credito non soddisfatto dovesse ritenersi ancora vivo ... o invece azzerato *ex lege*». Lucidissimo CARRATTA, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, in *Giur. it.* 2009, I, 402 che, sulla prospettiva di crediti «definitivamente espropriati», discorre di creditori che vanno «soddisfatti in maniera adeguata».

⁶¹In *Proprietà e libertà*, cit., 80. Secondo il Maestro una nozione di *nuova proprietà* ovvero una sua dilatazione non avrebbe ragion d'essere perché molti dei diritti/beni che vi vengono insufflati «sono oggetto di specifica garanzia prevista dagli artt. 4 e 36, 38, 44 e 47».

⁶²Così, da ultimo, VON BAR, *Questioni fondamentali per la comprensione del diritto europeo delle cose*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 591, critico quanto all'idea incline a ravvisare nell'*esclusività* il tratto denotativo del paradigma proprietario, un'*esclusività* intesa naturalmente come monopolio, riservato al suo titolare, dei valori derivanti dalle diverse forme di sfruttamento di una risorsa.

⁶³Così, rinnovando un luogo dottrinale classico, GAMBARO, *Armonizzazione dei diritti di proprietà e linguaggi giuridici europei: tra assonanze e dissonanze*, cit., 202.

veduto, dall'altro non riesce persuasivamente a scansare il rilievo che la forma di un'esdebitazione *eterodeterminata*, in quanto realizza una vicenda toccante *direttamente* (o *indirettamente*) il diritto dei creditori senza che costoro partecipino, per dirlo kelsenianamente⁶⁴, alla confezione della norma obbligante⁶⁵, pone l'interrogativo *di quanto* una legge ordinaria, anziché rinsaldare, può destituire di tutela i creditori. È una prospettiva ben chiara a chi, pur qualificando come *pubblico* l'interesse del mercato ad impedire la dissoluzione patrimoniale del consumatore, evita correttamente di trasformare l'esdebitazione in un fattore sociale di redistribuzione delle perdite⁶⁶, declinato forzosamente in quanto nessun consumatore sarebbe percepito dai suoi creditori come un'entità fruttuosa⁶⁷. Il problema non sta infatti nel reimpostare il rapporto debito – credito secondo l'alternativa dell'*aut-aut*, trattandosi piuttosto di associare l'esdebitazione ad una soglia intangibile di disponibilità dominicale del credito onde evitare, sono parole della Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*) nel caso del salvataggio della *Hypo Group Alpe Adria*⁶⁸, che un provvedimento normativo di penetrante limitazione del diritto del creditore non si tramuti in “*unverhältnismäßig und unsachlich*”, ossia in una strategia di intervento sproporzionata e irragionevole rispetto all'interesse pubblico che si è inteso in concreto perseguire. E supporre, come avremo modo di evidenziare più avanti (cap. 2), che la soglia di un *utile* (del creditore) pari a quello deducibile dalla liquidazione del patrimonio del debitore (art. 12-*bis*, c. 4: *cram down*) stia ad indicare la misura di *equilibrio* tra pregiudizio e valore protetto (l'interesse del mercato), in quanto (*cave!*) evenienza passiva questa *non affatto diversa* dalla disutilità/rischio che origina tipicamente dall'«incapienza di una qualsi-

⁶⁴ In *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. di Treves, Torino, 1952, 134.

⁶⁵ *Ergo*, i «destinatari del comando [non] sono gli stessi autori del comando»: così IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 561.

⁶⁶ V. D'AMICO, *Esdebitazione e “concorso dei creditori” nella disciplina del “sovraindebitamento”*, cit., 9 ss.

⁶⁷ Così invece M. LAZZARA, *Riflessioni sulla meritevolezza del consumatore*, in *Dir. fall.*, 2017, II, 1579.

⁶⁸ V. C. cost. austriaca 3-28 luglio 2015, la cui motivazione ufficiale può leggersi, in lingua originale, sul sito ufficiale della Corte, all'indirizzo www.vfgh.gv.at. Nella dottrina italiana, per più di un utile spunto v. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015, 1485 ss.

voglia procedura esecutiva individuale» (C. cost. 155/1994)⁶⁹, potrebbe costituire la chiave di volta che, nell'ottica di un necessario giudizio di ponderazione tra «mezzi e fini»⁷⁰, tutto tiene. Con un'ultima osservazione che, nel silenzio di larga parte della dottrina⁷¹, risulta indispensabile, ad onor del vero, esporre già *in limine*: non è infatti solo la convenienza, del piano rispetto alla liquidazione, che ha da essere, per legge, *oggettiva* (art. 9) e *sogettiva* (art. 12-bis), da riguardarsi come potenzialmente *plurimo* e non *uno* è pure, va detto, il parametro dell'*alternativa liquidatoria* visto che la procedura di liquidazione *tipizzata* degli artt. 14-ter ss. è una delle *tre* possibili, donde un *target* di convenienza che, per riflesso, è destinato a mutare se lo si dovesse rapportare ad una delle altre *due* forme normativamente possibili, rispettivamente la liquidazione in sede esecutiva (artt. 567 c.p.c.) e quella volontaria. Non è per rendere il discorso ancor più sofisticato, ma è la stessa legge notiamo a creare l'ambiguità considerando che la locuzione dell'art. 9 («giudizio ... sulla probabile convenienza del piano *rispetto all'alternativa liquidatoria*») perimetralmente è provvista di un più ampio spettro di quello evocato dall'altra locuzione che ci restituisce l'art. 12-bis («credito ... soddisfatto dall'esecuzione del piano in misura non inferiore all'*alternativa liquidatoria disciplinata dalla sezione seconda del presente capo*»): sicché, con un qual certo costruito si potrebbe forse ritenere, motivandolo con un argomento scopertamente schierato *a parte creditoris*, che quanto i creditori *perdono* all'atto di confezione di un piano che non approvano, lo *recuperano* in sede di giudizio sulla convenienza, se è vero che il *favor* riconosciuto al debitore è compensato da una valutazione più lasca e generica di quella, *coatta* viceversa, versata negli artt. 14-ter ss. Gli è infatti, esplicitando così ciò cui inten-

⁶⁹ È interessante notare che la Corte costituzionale, nell'arresto 155/1994, introduce il discorso sull'*intensità* del sacrificio parziale del creditore raccordandolo alla circostanza che la legge sospettata di incostituzionalità, nella specie l'art. 21, l. 19 marzo 1993, n. 68, aveva in realtà innalzato l'aspettativa di soddisfazione dei creditori visto che il finanziamento *ad hoc*, nel frattempo corrisposto dallo Stato, era riuscito ad incrementare la massa attiva dell'ente dissestato, donde il risultato di un trattamento privilegiato *di quei creditori* rispetto a ciò che si sarebbe verificato applicando i principi di diritto comune.

⁷⁰ Così ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, cit., 9. E quindi pure, come scrive CARRATA, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, cit., 403, per una «congruità del soddisfacimento».

⁷¹ Fa eccezione T. NIGRO, *Il piano del consumatore: il requisito della convenienza*, in FIMMANÒ-D'ATTORRE (a cura di), *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Roma, 2017, 586 ss.

diamo alludere, che la liquidazione espropriativa – concorsuale degli artt. 14-ter ss.⁷², quantunque sia da condursi parametrandola, in forza di una stima prognostica⁷³, su *criteri di presumibile realizzo* e quindi sul valore *corrente* di quel bene in caso di liquidazione⁷⁴, non conosce (a tacer d'altro) una riduzione fino al 25% del valore a base d'asta (art. 571 c.p.c.). Ora, una convenienza che muta a seconda che intercetti oppure no una «qualsiasi ipotesi di liquidazione anche non meramente concorsuale»⁷⁵, è una convenienza *relazionale* che orienta alquanto il successo/insuccesso del piano. Detto ellitticamente, è una convenienza che dilata o comprime, se è tutto un problema di scelta del parametro ordinante, la *vis attractiva* dell'esdebitazione: figura questa, ritorniamo ad evidenziarlo, che siccome ha la virtù di cancellare il debito residuo verso chi era obbligato, facendolo così apparire come se non ci fosse mai stato⁷⁶, si atteggiava a guisa di una *fictio*. Visto infatti che ogni esdebitazione è *retroattiva*, delle due l'una: o, catalogando il debito come un fatto, ammettiamo che l'esdebitazione neutralizza il brocardo *factum infectum fieri nequit* in quanto «quello che è fatto non può diventare non fatto»⁷⁷, oppure riconosciamo che, sulla premessa di un debito riguardato piuttosto come la qualifica di un fatto, la legge sia ammessa a mutarne il giudizio (da dovuto a non più dovuto), andando così ad incidere sulla misura di tutela dell'obbligazione pecuniaria. Non a caso, come abbiamo già veduto, ci sono dei crediti per i quali la legge contempla l'intangibilità di uno stato di eccezione, munito di una ragionevolezza costituzionale (art. 3,

⁷² V., diffusamente, TRISORIO LIUZZI, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 406.

⁷³ Cioè riferita non al momento di deposito del piano ma *al tempo in cui* i beni ed i diritti potranno essere alienati.

⁷⁴ È il c.d. coefficiente di deprezzamento, come lo definiscono i commercialisti, calcolato sul mercato di riferimento e di «concreta vendibilità nei tempi prospettati» (così T. NIGRO, *Il piano del consumatore: il requisito della convenienza*, cit., 595). In un orizzonte a più ampio raggio, si è cercato di approfondire la questione, per chi lo volesse, in PAGLIANTINI, *Responsabilità patrimoniale e proporzionalità: vademecum minimo per l'uso*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, in corso di stampa.

⁷⁵ Così T. NIGRO, *Il piano del consumatore: il requisito della convenienza*, cit., 595.

⁷⁶ Rispetto a quella posta, e qui è efficacissima la prosa di CARNELUTTI, *Interpretazione del Padre nostro*, cit., 70, «il creditore è come se non fosse mai stato creditore e il debitore come se non fosse mai stato debitore».

⁷⁷ Così CARNELUTTI, *Interpretazione del Padre nostro*, cit., 70.

c. 2, Cost.)⁷⁸, senza che ciò stoni in quanto «la tutela di taluni creditori non esclude ... il beneficio dell'esdebitazione»⁷⁹. *Tertium* (però) *non datur* poiché ogni interpretazione riduttiva dell'art. 12-*bis*, c. 4, come pure l'esperienza comparatistica assevera⁸⁰, è in realtà un fuor d'opera.

2.1. ... nella cornice di un quadro civil-costituzionale frastagliato

Dunque l'esdebitazione, già provando a ricapitolare, è una regola di schietto stampo *ordoliberal*, per nulla quindi punteggiata di venature personalistiche⁸¹, la quale, nel contempo, mostra però chiari segni di dif-

⁷⁸Notiamo che, nei riguardi di siffatti crediti, se ed in quanto impignorabili, neanche opera, per un'espressa disposizione di legge, la sospensione delle azioni esecutive (art. 10, c. 2, lett. c.).

⁷⁹Cfr. DI MARZIO, *Fallimento. Storia di un'idea*, cit., 197. Si può esprimere lo stesso concetto osservando che siccome l'insolvenza manda in archivio le *single ragioni* del credito, ci sono dei crediti che, in ragione della loro natura, vanno sottratti alla regola (egualizzante) della concorsualità.

⁸⁰Per quella spagnola si rinvia a LLAMAS POMBO-BELÉN JAPAZE, *Sovraindebitamento del consumatore e second chance*, spec. 73 s. mentre, per quella, ben più sofisticata, dei paesi di lingua tedesca, degli spunti informativi utili si incontrano nelle pagine di DI NELLA, *Il procedimento di insolvenza del consumatore (verbraucherinsolvenzverfahren) nell'esperienza tedesca*, entrambi in *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, cit. rispettivamente 73 s. e 171 ss.

⁸¹Viene fatto di osservare che semmai è vero che la logica di un piano unilaterale omologabile può prestarsi ad esser vista come funzionalizzata ad «un interesse collettivo, di tipo *solidaristico*», ma ad intendere il qualificativo nell'inconueta accezione di un interesse teso ad impedire proattivamente che una situazione di sovraindebitamento trasformi il debitore in una «*facile preda di profittatori*». Come si fa notare, è significativo, in effetti, «che la disciplina delle crisi da sovraindebitamento sia contenuta in una legge che mira a reprimere l'usura». Se non fosse che la conclamata meritevolezza di un siffatto interesse deve comunque raccordarsi, e la dottrina citata ne ha piena contezza, con quell'interesse, «al soddisfacimento dei creditori nella massima misura possibile» (così, lucidamente, A. NIGRO, *Le soluzioni compositive delle crisi, concordati e accordi, nell'esperienza italiana*, in *Giustiziacivile.com*, 2015, al quale mostra poi di aderire LOMBARDINI, *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in CAPPONI-SASSANI-STORTO-TISCINI (a cura di), *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, Milano, 2014, 1159), vitale in una qualsiasi economia di mercato. Chi lo trascura, per il fascino che trasmette la suggestione di una seconda *chance*, non comprende che un'esdebitazione disinvolta produce a sua volta vicende incidenti tanto «sul valore del credito in [sé]» quanto «sulla stabilità di operatori» la cui crisi, com'è intuitivo, avrà tendenzialmente l'effetto perverso di abbattersi su «altre categorie» (così DI RAIMO, *Debito, sovraindebitamento ed esdebitazione del consumatore: note minime sul nuovo diritto del capitalismo postmoderno*, cit., 38).

ferenziazione a seconda che rampolli da una procedura di accordo o da un piano. Lo si evince infatti chiaramente dal c. 3-*bis* (lett. e) dell'art. 9: è soltanto A) alla proposta di *piano* che va allegata una relazione particolareggiata dell'OCC. Se ne ricava che, quantunque siano retti da delle regole comuni (v. l'elenco del c. 2), accordo e piano *non si equivalgono*. La "probabile" convenienza, sottratto infatti com'è il piano all'approvazione dei creditori, lo *segue* e gli si affianca, ma non fa da complemento all'*accordo*. E non solo. È di nuovo B) del *piano*, ma non dell'*accordo*, il dualismo tra una convenienza dapprima espressa *oggettivamente*, onde appurare se il piano è tale da garantire il formarsi di un maggiore attivo (art. 9) e poi *soggettivamente*, in termini cioè di trattamento offerto al singolo creditore (art. 12-*bis*), con l'esito di un *disallineamento* tra le due valutazioni tutte le volte in cui il credito dell'opponente si troverà a subire un trattamento peggiore rispetto all'alternativa liquidatoria. Ed ancora, è appannaggio Γ) questa volta tanto del piano che dell'*accordo*, un'esdebitazione *automatica* la quale, invece, fa difetto in quella liquidazione tipizzata *ex art. 14-ter* ove al beneficio si può accedere soltanto su domanda del debitore ed a seguito di un provvedimento giudiziale accertante la sussistenza di tutti i requisiti (ll. a-f) prescritti dall'art. 14-*terdecies*, c. 1⁸². Risultato: siccome, allo stato⁸³, il consumatore può *indifferentemente* scegliere tra una procedura di piano ed una di accordo (art. 8)⁸⁴, l'enucleata (tra le due: v. A/B) differenza di trattamento normativo, unitamente allo specifico (Γ) rivendicato invece da entrambe rispetto alla liquidazione quale procedura ottativa, certifica che *persino* le esdebitazioni con-

⁸² V. RANUCCI, *L'esdebitazione nella liquidazione del patrimonio della persona fisica non fallibile*, in *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 662. Può tornare utile quanto si legge nella Relazione all'art. 18, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 («il procedimento di esdebitazione è previsto *esclusivamente* all'esito della procedura liquidatoria, essendo tali effetti prodotti, *d'altra parte*, dalla natura *vincolante* dell'accordo o del piano del consumatore omologati»: c.vo aggiunto). V. pure G. FALCONE, *Il sovraindebitamento ed i meccanismi di "seconda opportunità" nella evoluzione della normativa europea e domestica*, *ibid.*, 670.

⁸³ Mentre è diverso lo scenario che disegna l'articolato di riforma. V. *infra*, Capitolo II, § 5.

⁸⁴ Tanto è vero che la dottrina processualistica è unanime nel ritenere ammissibile la proposizione, in forma subordinata, di *domande diverse*, sempre che naturalmente i presupposti di entrambe le procedure sussistano fin dall'origine. Esemplificativamente, nulla esclude, in altre parole, che fatta domanda di accesso al piano, successivamente non omologato per assenza ad es. di meritevolezza, il consumatore possa avvalersi della procedura di un accordo.